

Michael J. Perry, *What is “the Constitution”?*  
(and Other Fundamental Questions),  
什麼是「憲法」及其他基本問題  
in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS (Larry Alexander ed.) 99 (2001)

## 摘要

湯德宗 2024/04/04

p/99 序言 (opening paragraph)：二戰後，在美國最具爭議的道德衝突 (moral conflicts)，如種族隔離、積極平權措施 (affirmative action)、以性別為基礎的歧視、同性戀、墮胎、醫生幫助自殺等，都轉變成憲法上的衝突 (constitutional conflicts)，且（至少部分是）根據憲法第 14 修正案來解決。這些爭議，如果被理解為憲法衝突的話，有哪些確實是（一如其應該是）以憲法為基礎解決的？欲探究這個問題的答案，須先回答三個問題：什麼是憲法？什麼是解釋憲法？在憲法解釋上，最高法院真的是最高？

### I. 什麼是憲法？

#### A. 憲法<sub>1</sub>與憲法<sub>2</sub>（「憲法」雙義）

p/99 憲法<sub>1</sub>=憲法文本 (the text)。憲法<sub>2</sub>=構成「斯土（效力）最高之法」(the supreme Law of the Land) 的規範 (the norms)。

p/100 什麼是憲法<sub>2</sub>？由哪些規範組成？憲法前言：「我們美國人民，為了美國，茲命令並建立本憲法」。在美國的憲法文化下，幾乎無人不同意：憲法規範至少包含一些由所謂「我們人民」(we the people) 所發佈的指令 (directives)，因為這些指令係由「我們人民」(we the people，按：即制憲/修憲先賢們) 所發佈的。但這並不意味：只有「我們人民」(we the people) 可以建立憲法規範（詳 I.C.）。

「我們人民」(we the people) 建立了哪些憲法規範？當「我們人民」(we the people) 經由他們的代表，行諸文字，載在憲法<sub>1</sub>（文本）時，其目的即在發佈憲法指令（誠命）(constitutional directives) — 即「我們人民」(we the people) 經由該文字所表達與理解的規範。{Q 這是何種解釋方法？}

#### B. 何以屈服於舊的憲法指令？又為何發佈新的憲法指令？

p/101 制定/修改憲法的「我們人民」(制憲/修憲先賢) 早已亡故，何以如今活著的「我們人民」卻須接受他們所發佈的憲法指令，作為「斯土（效力）最高之法」？

依循憲法第 5 條所規定之方式修改憲法，即是依照憲法所建立之慣例 (convention) 行事。然，我們何以不能以憲法所未規定的方式，建立（新的）憲法指令？

吾人之所以服從（既有的）憲法指令，除非（或直到）其被依循憲法規定

的方式廢止時為止，最主要是基於務實（practical）的考慮。

p/102 以憲法所未規定的方式，廢除（舊的）憲法指令，或建立（新的）憲法指令，就是試圖違約（trying to renege on the arrangements）。違約要能成功，必須夥同足夠的他人，建立替代方案；而這通常是所費不訾的。但，無可否認的，遇有真常的情況（如革命、內戰或經濟大蕭條）時，也可能以憲法所未規定的方式，建立（新的）或廢止（舊的）憲法指令。Bruce Ackerman 教授曾（成功地）說明：the 14th Amend. 並非完全依循憲法第 5 條所規定之程序一由國會提議，並經各州批准一而設立。此外，在某些情形下，最高法院也會以憲法所未規定的方式，建立（新的）或廢止（舊的）憲法指令。

吾人為何欲以修憲的方式建立「憲法指令」，而不以一般立法方式建立指令？

p/103 法律之修改一般僅需國會之（普通）多數，然各國憲法對修憲的要求一般會高於國會的（普通）多數。憲法第 5 條規定：「須有參、眾兩院各 2/3 以上之決議，始得提出憲法修正案，或須經全國 2/3 以上各州請求，始得召開修憲大會，提出憲法修正案；並須經全國 3/4 以上各州之批准，或經修憲大會代表 3/4 以上之批准，始得通過憲法修正案」。故以修憲的方式建立「憲法指令」，旨在使自己及後代子孫將來難以廢除該項指令。亦即，僅能以超級多數（supermajority），經由修憲的非常政治（extraordinary politics）作成決定。

為什麼要把憲法指令的廢除變得如此困難？也許是懷疑尋常、（普通）多數決的政治不能適切地守護憲法指令；也許是害怕（擔心）我們將來可能失去政治上的主導地位，而繼任者可能不樂見該憲法指令；也許是害怕（擔心）我們將來雖仍維持政治上的主導地位，但政治上的代議士可能不能適當地守護憲法指令。總之，就是不信任未來的政治。

也可能是基於其他理由，而尋求憲法策略（按：即載入憲法）。例如：某政治社群希望建立基本機構（或稱「基本建制」basic institutions，按：如我國之五院）與機構間之安排（institutional arrangements，按：如我國之「五權分治、平等相維」），以便開始尋常政治的運作；或希望將某些議題排除於尋常政治之外（使其無從干預），因為這些議題的爭辯可能會摧毀社群的連結（按：造成社會分裂）；或僅因該社群認為某一憲法指令極為重要，而懷疑尋常的政治能夠適切地維護該指令。

### C. 憲法<sub>2</sub>包含哪些規範？

p/104 憲法學者幾無不同意：憲法<sub>2</sub>包含了某些可能並非由「我們人民」所建立的基本規範。

在什麼情形下（如果有的話），聯邦最高法院得正當地根據憲法中某些非由「我們人民」（經由其政治上的代表）所建立的基本規範，廢棄法律或政府的行為？一般認為：美國憲法應由「我們人民」，而非「最高法院法官」，下令並建立（ordain and establish）。那麼，聯邦最高法院究竟是依據什麼權利（按：權

力)，將某些非由「我們人民」所建立的基本規範，加諸於其他權力部門甚或各州之上？

這個問題和最高法院宣告法律或其他權力部門之決定違憲，究竟是因為什麼原因—例如，係因該院「誠實但錯誤」地解讀了憲法條文（文本）所建立的規範（意旨），或因該院「謊稱」憲法條文（文本）所建立的規範，或因該院對不確定的憲法規範作了「不合理的具體化」(unreasonable specification)，甚或是因該法院乃依據某種「憲法裁判理論」等—而以憲法之名，執行了某種無人能合理理解的憲法文句所建立的規範無關。我的問題是：

[p/105] 在如何情形下，最高法院應默許，而非推翻，某個舊的判決？幾乎沒有憲法學者堅稱：最高法院，無論如何，不得默認其現在認為錯誤的舊的憲法判決。有爭議的只是，何時（或在如何條件下）應予默認。

茲僅就其中一種可能，予以申論。如果，隨著時間的推移，某種實踐（practice）或某個舊的且錯誤的判決所建立的前提（premise）業已臻於確定，且為現今美國人民普遍肯認並依賴，而成為政治社群的生活特徵（feature of the life）時，則該前提或實踐即已取得「事實上的憲法地位」(a virtual constitutional status)，而成為吾人政治社群基本法（fundamental law）的一部分。這樣的前提或實踐目前便不應由最高法院再予推翻！（即使保守如Robert Bork也認為：某些錯誤的憲法判決先例「因為已經如此深植於國家的生活，深為社會所接受，對個人與機構之私的與公的期待如此之根本，故其結果現在不應予變更」，蓋憲法第5條規定的修憲程序須有超級多數決（supermajority），倘允許最高法院推翻如此的前提或實踐，無異於使少數人即可阻止將該前提或實踐重建為憲法法的一部分。這樣的前提或實務，包括：

p/106 • 由最高法院所建立的「整併法學」("incorporation" jurisprudence)—為保障人民得以對抗聯邦政府，憲法以「人權清單」(Bill of Rights 增修條文第1至10條)所規定的各種「特權與豁免」(亦即，各種「權利與自由」)(the "privileges and immunities"- the rights and freedoms-)，人民亦得經由增修條文第14條，對抗各州政府（按：即以14<sup>th</sup> Amend. 整併了人權清單—憲法增修條文第1至10條—的內容）。

- 不僅聯邦政府不得設立宗教、禁止宗教的自由行使、或剝奪言論自由或出版自由，各州政府亦然。[n. 28] 但 Jay Bybee 以為：即使認為增修條文第二條至第八條所規定的內容，乃人民本於公民身分所具有的「特權與豁免」(the "privileges and immunities"—any privileges and immunities that persons were thought to have in virtue of their status as citizens)，前述最高法院所建立的「整併法學」，其範圍也不及於增修條文第一條 (the 1<sup>st</sup> Amend.)，因為該條明文禁止「聯邦國會」(而非「各州議會」) 制定法律，剝奪人民的言論、出版、宗教、結社自由。

- 增修條文第14條 (The 14<sup>th</sup> Amend) 禁止各州政府進行歧視—所謂「反歧視」規範，亦適用於聯邦政府（按：即「反向整併法學」，reverse incorporation jurisprudence—反以5<sup>th</sup> Amend. 整併了14<sup>th</sup> Amend. 的反歧視規

範)。儘管，the 5<sup>th</sup> Amend 所規定的「正當程序」(Due Process)，依照修憲者(「我們人民」)的理解，很難認為其有(表達)「反歧視」規範的意思，這樣的「整併」說法顯得很牽強。(Perry 曾另文主張：可經由增修條文第 9 條 (the 9<sup>th</sup> Amend.) 確立聯邦政府所應適用的「反歧視」規範)

[p/107] 以上三者俱已成為憲法之基石 (const'l bedrock)，如今最高法院不應再予變更。

以上所述，乃最高法院應默認(繼續維持)錯誤的憲法判決先例的「充分條件」(a sufficient condition)，而非「必要條件」(a necessary condition)。至其是否亦應成為「必要條件」，我尚不確知。

## II. 何謂解釋憲法？(解釋憲法意何所指？)

### A. 解釋憲法<sub>1</sub>

p/107~ 欲宣告某項政府行為(如某個州法)違憲，最無爭議的作法就是依據由「我們人民」所建立的憲法法(憲法<sub>2</sub>)為之。

p/108 有時，憲法文義明確，歷久不變。此時，憲法<sub>1</sub>=憲法<sub>2</sub>。例如：未滿 35 歲不得選總統，美國參議院由每州兩名代表所組成。

有時，憲法文義模糊，對制憲/修憲者所欲表達之規範為何，即使經過努力的解釋，可能仍有不同的解讀。例如：何謂 the 1<sup>st</sup> Amend 「政府不得禁止宗教之自由行使」(prohibit the free exercise of religion)？1990 時，有五位最高法院大法官認為其僅禁止歧視性的行為 (discriminatory action)。到了 1993 年，還有四位最高法院大法官這麼認為，國會制定(並經總統簽署)「宗教自由回復法」(Religious Freedom Restoration Act)，禁止了某些妨礙宗教行使的歧視性行為。

p/109~ 又如，Sec. 1, 14<sup>th</sup> Amend. 所謂(各州不得制定或執行立法剝奪)「美國公民的特權暨豁免」(the privileges and immunities of citizens of the United States)，究何所指？非經一番費力的解釋探索，我們無法知悉經歷過內戰與廢奴的那個世代的「我們人民」，究竟希望以「美國公民的特權暨豁免」一詞，表達什麼意思。包括：所謂「特權暨豁免」的內涵為何？該項規定旨在保護人民免於什麼樣的州立法？係不得以種族為基礎，進行歧視的立法？[p/110] 誰應受到該項規定的保護？如 John Ely 所說：「公民」二字可理解為意在界定不得剝奪的權利的範圍(「公民的特權暨豁免」)，而非受益的「群體」(公民)。

p/110 有時，為瞭解「我們人民」當時載入憲法的文字所欲傳達的規範意旨，讀者需進行歷史探索。如同 John Ely 所說：「除非我們知道對於美國父母(American parents)而言，或者對於『出生時已婚之父母』(born married parents)而言，『本國出生』(natural born) 是什麼意思，我們不知道當初批准憲法第二條第一項的人在想什麼，從而認知憲法之「誠命」為何。」

解釋憲法規定（文本）一探問制憲或修憲者所欲建立之規範意旨為何，有時會與另外一項探索—依制憲或修憲者所信，應如何解決目前困擾我們的規範衝突，方為正辨—相互混淆。後者雖非無關，蓋瞭解前人以為正確的解決方法，可以幫助我們確認系爭規範的範圍；但最重要的是，他們（制憲先賢）究竟建立了什麼規範，而不是他們認為什麼才是正確解決衝突的方法。

[p/111] 有時需挖掘史料，才能確認制憲者透過該規定所理解與表達之規範為何。但因史料既稀有又不明，探索的結果可能存在著合理的不同解釋（reasonably disagreeing）。

前已言之，應按制憲或修憲者所欲建立的規範意旨，解釋憲法規定（文本）。但吾人得以不同的語意，銓釋某個憲法規定：或探求系爭規定於今日所代表的意涵，或其於以後所應代表之意涵。由於以下兩個因素結合的結果，最高法院無可避免地對某些憲法規定要採取第二種意涵。一、某些前提（或實踐）業已取得憲法基石的地位，即使制憲或修憲者實際並未建立該項規範。二、美國憲法文化中有一種「文本主義者的敏感性」（the textualist sensibility），法官如以全然非解釋性（即非文義）的方法進行審查（purely noninterpretive [i.e., nontextualist] review）將被認為是權力濫用，而有損司法審查的正當性。

[p/112] 即使最高法院認為某個前提或實踐確實恐非制憲或修憲者所設立，但因其已取得憲法基石的地位，遂以某個憲法條文稱之（按：即將之塞入或併入某個憲法條文的規範）。

## B. 解釋（具體化）憲法：

[p/112] 解釋憲法規定（文本）一探問制憲或修憲者所欲建立之規範意旨為何，除了不應與「探索依制憲／修憲者所信，如何解決目前的衝突方為正辨」相混淆之外，也不應與「在某個衝突的具體情境下，『確定』（specifying）憲法之規範意旨為何」相混淆。

茲設想：

一、憲法規範 X 是明確（determinate）的，如果大家都同意：

(a) 系爭衝突的相關事實一所謂「裁決事實」（adjudicative facts）為何，且  
(b) 其他相關法規範（如果有的話）為何，及其對於該衝突的意義為何，但彼此不能合理地不同意（cannot reasonably disagree），按憲法規範 X，應如何解決系爭衝突。或設想：

二、憲法規範 X 是不明確的（indeterminate）的，或更精確地說是不夠明確的（underdeterminate），且大家都同意前述的(a)與(b)，但彼此能合理地不同意（can reasonably disagree），按憲法規範 X，應如何解決系爭衝突。

規範 X 在某個（或多個）衝突中是明確的，不表示規範 X 在其他某個（或多個）衝突中也是明確的。如果規範 X 在某個衝突的具體情境中是不明確的，那麼 X 即應在該情境中予以「確定」（specified）。

[p/113] 在特定情境中，「確定」（specifying）某相關但（意涵）不確定的規範的過程，是個決斷的過程（the process of deciding）—決斷該規範（結合其他所

有相關的考慮)在該具體情境中應作何解釋。這是個「形塑」(shaping)規範的過程，使該規範在某個衝突的具體情境下變得確定。適用(意涵)確定的規範(applying a determinate norm)，基本上是演繹的(deductive)過程；而確定某(意涵)不確定的規範，基本上則是非演繹的(nondeductive)過程。為某類案件確定一項原則，並非由該原則進行演繹(推論)，亦非在發現其隱含的意思；而是按照該原則之精神，考量其在實務上的可行(或可強制執行)性，並承認其與其他原則(或價值)有發生衝突之可能性…後，設定(setting)較為具體及類型化的要求(more concrete and categorical requirement)。確定某項(意涵)不確定的憲法規範的挑戰在於：判定(deciding)在某一個衝突的具體情境中，如何才能最佳地達成或體現(achieve or instantiate)該規範核心的政治暨道德價值(the political-moral value at the heart of the norm)；分辨(discerning)能夠獲致或體現(achieving or embodying)該價值的方法，(亦即)哪種方法最能調和政治社群在該衝突中所涉及的各種不同且時而相互衝突的利益。Anthony Kronman 所謂「判斷的過程」(the process of judgement)可恰當地描述為不確定規範的確定過程。這樣的「確定」就是一種「判斷」。

判斷幾乎不適用演繹(推論)的方法。判斷往往需要精緻的分析，但不限於精緻的分析。當吾人被迫需要在相互衝突的利益(或義務)中進行選擇(或調和)時，最需依賴判斷，而非「適用」某個位階較高的法則所能解決。

法院固非唯一面對「確認不確定法律規範」之挑戰的政府機關，但確實經常面對此一挑戰。當法院被要求去適用某項法則時，它必須，參酌該法則制定者所不知道的資訊，決斷該法則在新的情境下是何意思。這是一項創造性的決定(a creative decision)，帶有裁量的空間，需評估各種後果，簡而言之，就是一種「立法的判斷」(legislative judgment)…

p/114 法律(存在)不確定性的事實，及因而有予以「確認」之必要，是一件事；其價值為何，是另一件事：某個政治社群(或其代議士)為何希望建立不確定的規範？為何不僅是制定確定的規範？H.L.A. Hart 強調，這是「人類困境的表徵(a feature of human predicament)…我們之所以使用一般(概括)的標準，去規範特定範圍的行為，而不進一步指示具體的情境，是因為我們對於事實的相對無知(our relative ignorance of the facts) [以及]對於目標的相對不確定性(our relative indeterminacy of the aim)。」在這樣困境下，許多規範相對不確定，其實是有道理的。

p/116～ J. Cardozo 謂：憲法中有許多規定，「並非針對過去而設的法則，而是針對綿延的未來而設的原則」(not rules for the passing hours, but principles for the expanding future)。例如：前述美國 1993 年「宗教自由回復法」…及 1976 年 ECtHR *Handyside Case* (各國對於 ECHR Art. 10, Sec 2 所謂之「道德」固享有裁量餘地(a margin of appreciation)，但須與歐洲人權法院之監督並行而不悖)。

p/118 關於 1973 *Roe v. Wade* 案之討論甚多，但多未能區分「解釋憲法文本=分辨憲法文本所欲表彰之規範」(interpreting a constitutional text, in the sense of trying to discern what norm the text represents) 與「解釋憲法規範=決斷在衝突的具體情境下，應賦予不確定規範以如何之形狀」(interpreting a constitutional

*norm*, in the sense of determining what shape to give the norm in the context of a conflict in which the norm is implicated but in which it is also indeterminate)。

p/118~119 或有試圖經由兩個步驟，質疑本人如上之區分者。一、以為所謂「解釋文本 v. 解釋規範」(interpreting a *text* v. interpreting a *norm*) 即是在個案裁判中「理解法律，而後適用法律」(“understanding” a law and then “applying” a law)；二、(如 Hans-Georg Gadamer 所稱)「理解法律恆為適用法律」(understanding ...is always application)。然而，我前文主張的「解釋文本 v. 解釋規範」區分，並非「理解 v. 適用」的區分；而我主張「解釋憲法規範=決定在衝突的具體情境下，應賦予不確定規範以如何之形狀」，實際上即是肯定 Gadamer 所稱「理解恆為適用」之洞見。我的主張假定：「**理解**」法規範的文本意思，即是「**適用**」該規範於當前的爭議=「**確認**」該規範在爭議之具體情境下的意思。

### III. 最高法院最高？如果是，最高法院解釋憲法時應如何（如其應）尊重其他憲法部門？

#### A. 最高法院最高？

p/119 J. Brennan：「英國大憲章的高明之處及其所以長壽，部分原因即在於它創造了解決紛爭的機制，迫使國王必須服從男爵委員會的決定。凡文書將其執行權力完全委諸於承諾者之善意者，其價值鮮有高於其所書寫之羊皮紙者。」**為求有效保障，以憲法設定規範時，應載有執行機制(enforcement mechanisms)**。尤其，將規範載入憲法係因吾人對多數決政治保有懷疑時，更須如此。在美國，主要的執法機制即是司法審查，但並非因為我們相信最高法院必然較其他官員更能守護憲法規範。司審審查只是保護憲法規範的一種方式，有時它也未能守護憲法。

p/120 司法審查已成為美國憲政秩序的基石特徵，幾乎是自美國建國以來即有之。制憲者是否有意創設此一制度鮮少受到討論，普遍關注的是，此一權力應如何行使。**支持司法審查的理念與實踐，並不表示當然支持司法至上主義**(doctrine of judicial supremacy)。

前文 II. A. 已言：關於憲法<sub>1</sub>的某些規定旨在表達什麼規範，容有合理的不同意見的廣泛空間。前文 II. B. 已言：關於憲法<sub>2</sub>的某些規範，在特定情境下應如何「確定」其意思，也存有合理的不同意見的廣泛空間。兩者皆涉及「什麼是憲法<sub>2</sub>所禁止者」的不同意見。

憲法第三條固規定聯邦最高法院就其與各州法院關於「什麼是聯邦法（含憲法）所禁止」者，產生見解歧異時，具有裁判權。然，**憲法並未（如其他國家憲法）規定當聯邦政府各權力部門間，就「什麼是聯邦法（含憲法）所禁止者」，產生歧見時，應由哪個部門裁判**。與許多公民（甚至最高法院大法官）所深信的不同，憲法<sub>1</sub>並未規定聯邦最高法院對此具有裁判權，憲法<sub>2</sub>也未含有類此效力之規範。

p/121 隨著時間的經過，一種期待油然而生，一種實踐應運而生，可名為「美國政治上的準憲法地位」(quasi-constitutional status in US Politics) — 美國憲法文化中，有一種根深蒂固的期待：中央的立法與行政部門將避免從事聯邦最高法院宣示憲法禁止他們從事的事情，也會履行聯邦最高法院宣示憲法要求他們作為的事情，即使他們不同意聯邦最高法院關於「憲法禁止（或要求）他們作什麼」的見解。這樣的期待何由產生？

首先，我們逐漸相信這是可欲的 (desirable) — 可使我們的政治生活少一些混亂，多一些生產力。基於務實的考量，應有一個機關有權決定什麼是憲法所禁止的。當然，基於務實的考量而為之同意 (practical assent)，不等於基於知識上或理論上的考量而為之同意 (intellectual assent)。

其次，我們逐漸相信，就決斷「什麼是憲法所禁止的最低界限」(the minimum boundaries of what the Constitution forbids) 而言，聯邦最高法院是最不讓人懼怕，而又最值得信賴的機關。注意，我說的是「最低限度」，而非「最大限度」。

p/123 如是說，非謂最高法院絕對不可歸結：憲法將關於「某些憲法條文禁止什麼」的爭議，委由其他部門去解決。亦非謂最高法院，作為這種爭議的仲裁者，絕對不可順從（聽從）其他部門關於「憲法禁止什麼」的爭議的立場（詳見後述兩小節的討論）。

最後應強調者，國會或總統在憲法上均無義務須順從（聽從）最高法院關於「憲法禁止什麼」的見解（憲法判決）。順從（尊重）憲法判決的實踐只具「準憲法性質」(quasi-constitutional)。最好將之理解為「推定式的實踐」(a presumptive practice) — 在憲法上與道德上均屬正常的情況下的適當實踐。反之，在憲法上與道德上均不正常的情況下，國會或總統（或兩者）不順從（尊重）聯邦最高法院的憲法判決可能是適當的。林肯總統在 1861 年發表第一次就職演說時，即處於憲法上與道德上均不正常的情況下，謂：「如果政府就影響全民存亡問題的決策，應毫無懸念地取決於聯邦最高法院的判決時，...人民將不再是自己的主人，而是於此範圍內，實際上將他們的政府交給了卓越的法庭」。林肯此言乃針對最高法院惡名昭彰的 *Dred Scott v. Sanford* 案（認黑人非美國人民）判決而言。

## B. 最高法院於解釋憲法 1 時，應多麼地尊重其他憲法部門？

p/124 如前所述，關於憲法 1 究竟欲表述（傳達）什麼規範，存有合理不同意的廣泛空間。此時最高法院解釋憲法 1 應該抱持著什麼樣順從（遷就）的態度？譬如，最高法院認為某項憲法規定應理解為在表述規範 X，而國會認為該項憲法規定應理解為在表述規範 Y 時，最高法院是否應順從（聽從）國會的意見？如果最高法院認為國會的意見不僅是錯誤的(wrong)，而且（通盤考量後）是不合理的(unreasonable)，則期待最高法院應順從（聽從）國會的意見便是不切實際的(unrealistic)。當然，知識上高傲(intellectually arrogant)且政治上恣意(politically willful)的大法官有可能無法分辨什麼國會觀點是「錯誤的」(wrong)，什麼是「不合理的」(unreasonable)。法院要順從國會？我以為，回答

這個問題，首先應避免過度簡化（一般化），其次應考慮相關事項，尤其：

p/125

- 最高法院多數大法官就「國會意見不僅是錯誤的，且是不合理的」一節，到底具有多少自信？
- 國會考慮糾爭問題徹底到什麼程度？經過如何程序，而獲致結論？國會思考越徹底，最高法院越應順從。
- 國會的觀點是否在避免規範 X 對國會權力將產生較大的限制，而有所扭曲？或者，規範 Y 將會對政府（包含國會）的權力產生較大的限制？於前者，國會的意見無異於在說：憲法 2 禁止國會行動的範圍較最高法院所說的小，最高法院順從國會意見的正當性於是變弱。反之，於後者，國會的意見無異於在說：憲法 2 禁止國會行動的範圍較最高法院所說的更大，最高法院順從國會意見的正當性於是變強。
- **何者**（規範 X 或規範 Y），依最高法院所見，**在政治道德上較具有吸引力**？與此相關者，何者（規範 X 或規範 Y），依最高法院所見，在規範執行上較具有吸引力？

### C. 最高法院於解釋（確認）憲法 2 時，應多麼地尊重其他憲法部門？

p/126 此時，法院應扮演主要角色？抑或次要角色（如 James Bradley Thayer n. 74 所建議）？觀想前述歐洲人權法院關於各國應享有「裁量餘地」（margin of appreciation）的論述。如前所述，如果最高法院認為國會的意見**不僅是錯誤的 (wrong)**，而且（全盤考量後）**是不合理的(unreasonable)**，期待最高法院應順從（聽從）國會的意見便是不切實際的(unrealistic)。同樣的，知識上高傲 (intellectually arrogant) 且政治上恣意 (politically willful) 的大法官可能無法分辨哪樣的國會觀點是「錯誤的」(wrong)，哪樣是「不合理的」(unreasonable)。法院要順從國會？同樣應考慮相關事項，包括：

- 最高法院（多數）大法官認定「國會意見不僅是錯誤的，且是不合理的」，其票數與不同意見有多接近？
- 國會考慮糾爭問題徹底到什麼程度？
- 國會的觀點是否因其自身利益而受到扭曲？
- 國會是否（較法院）更適合「認定」糾爭規範—例如非關免於政府干預之「**消極**」權利（negative rights），而是要求政府提供援助以滿足基本物質需要的「**積極**」請求權（positive entitlements）？
- 能否信任國會的政治程序可以公平、適當地處理規範之「認定」（X 或 Y 執為最佳）的問題？抑或糾爭規範之認定「通常容易受到多數人的情緒（影響）」（usually vulnerable to majority sentiment），致政治上獨立的法院較可能公平、適當地處理？

同理，亦應注意避免一般化地推論（即不應一概認為）：關於不確定憲法規範之最適、最佳「認定」，法院應順從國會的觀點。

p/127 儘管如此，我願贊同某個一般化的方向。John Ely 教授在 Democracy and Distrust 一書談到法院在「認定」不確定憲法規範時所應扮演的角色。他主要關心的是法院認定未列舉的基本權的問題，與本文所討論者不同；但其答案則有相關性。Ely 的主要論點為：「**公共議題一般應由（理智的公民）所選舉的代議士以多數決（majority vote）來解決。**」但有三類公共議題則主要應由法院以憲法問題來解決：

- (1) 關於「多數的理智公民（或其代議士）是否企圖以投票將其他理智公民排除於政治程序之外」，或「企圖將其政治影響力予以稀釋」的問題？
- (2) 關於「多數的理智公民是否制定管制體系，以圖利自身，而犧牲其他少數人之利益」的問題？
- (3) 關於「多數的理智公民是否採取了一個**違反邊際約束（side constraint）的政治選擇**，而該邊際約束因為足夠重要，且容易受到多數人的情緒影響，憲法文件乃將之交付予**超級多數（supermajority）**，以免將來被不足此一超級多數決的多數決所改變」的問題？

p/128 Ely 的理論至少可以支持以下立論：**從機關功能比較的觀點而言，法院（至少是聯邦法院）最適合在「認定」權利或自由相關規範時，扮演主要角色，如果歷史經驗顯示這些規範「通常容易受到多數人的情緒影響」的話。**

猶需補充者，我方才說的是法院最適合面對兩個「非不合理的」(not unreasonable) 有關權利或自由的規範「認定」，而歷史經驗顯示這些規範「通常容易受到多數人情緒的影響」，必須擇一時：法院的認定，對受益者而言，較其他憲法部門之認定來得更有利時。當然，如果法院的認定，對受益者而言，不及於較其他憲法部門之認定來得有利時，則另當別論。

p/129 當然，即便聯邦最高法院選擇在「認定」不確定的憲法規範上扮演主要角色，也可能有時因過於膽怯，致未能完全體現系爭規範的憲法價值。例如 J. Thayer 順從理論的忠實傳人 J. Felix Frankfurter 在 *West Virginia State Board of Education v. Barnette* 案（宣告公立學校學童應一律向國旗敬禮的規定違憲）。他是唯一發表不同意見的大法官。案中 Jehovah's Witnesses 學童以宗教信仰為由，在良心上反對向國旗敬禮的規定。J. Frankfurter 堅信：這是個人們可以有合理之不同的判斷。正因為人們對此可以合理地不同，我認為憑著我的智慧觀點，悖於西維及尼亞洲的觀點，宣告系爭法規違憲，乃逾越我的憲法權力。

p/130 Jeromy Waldron 認為依據司法至上（主義），來決斷什麼是憲法所禁止者之「司法審查」，從政治道德的觀點說，是大有問題的。

他排斥「加強版的人權清單實際上已使得法官以外的任何人，無法對之進行修改」的想法。這樣的說法，在英國政治暨法律文化下也許並不極端（偏激）。蓋英國並無「人權清單」，現在正在考慮是否創設。但在美國的政治暨法律文化下，他的立場確實是極端（偏激）。但仍是有所見地且重要（both

thoughtful and important) 的說法。

p/131 我傾向於認為：制憲者在憲法中規定不確定規範時應該審慎；且國會與總統（如前 III.A 所述）在憲法上得不順從聯邦最高法院有關「何為憲法所禁止者」之判決，是一件好事。但我無意否認國會與總統應推定司法為至上（*presumptive supremacy*），也不否認在憲法上與道德上正常的情形下，國會與總統應順從司法的決定。我既不認同完全放棄「順從式的司法審查」（Thayerian practice of judicial review），也不贊成完全沈溺於其中。我以為應採取中道（a “middle” way）。至少在某些不確定的憲法規範，應採取「非順從式的司法審查」。質言之，我主張就「通常容易受到多數人的情緒影響」之重要的權利或自由相關規範，應採取「非順從式的司法審查」。此一立場乃立基於「倘將違憲審查權委諸其他憲法部門行使，所可能導致的後果」的想像性（從而具有高度爭議性）的判斷之上。

p/132 我以上立場，我以為，似頗能滿足 Bickel 教授所提出的著名判準：

其涉及政策制定的功能，但有別於立法與行政的功能；其特別適合法院的能力；如法院不願承擔，將無人為之；其能在一個普遍接受（Hand 法官所稱）「共同利益」（common venture）意義下的社會中行使而被接受；於必要時，其會是有效的；其由法院行使不會因剝削其他憲法部門的尊嚴或負擔，而降低了他們的表現品質。

#### IV. 結語

p/133 欲探討當前最具爭議的道德衝突轉化為憲法衝突後，究竟是如何被解決的，吾人必須先回答本文前述三個先決而基本的問題。進行上開探索的理想環境，就是在特定的憲法爭議中進行深刻的討論。特定爭議提供了必要的細節，能用來闡釋與支持在各個爭點上所採取的立場。我最關心的憲法爭議則是二戰以來，法院關於憲法第 14 修正案禁止什麼的判決，例如涉及種族隔離、積極平權措施、性（為基礎）的歧視、同性戀、墮胎、及醫生幫助自殺的爭議。